

共存同衆の法律論

——近代日本における西欧法受容の一断面——

吉 井 蒼 生 夫

一 はじめに

帝國主義的國際環境のもとで、近代日本の國民的課題は、對外的獨立と國民的統一の達成にあつた。これを法現象の面でみれば、徳川幕府から明治政府に繼承された欧米列強諸国との不平等條約を改正することであり、西欧法の受容に基く近代的法体制の確立を図ることであつた。後者は、後進国として、先進国の高度に發達した生産力の導入に対応すべき新しい社會關係の創出を媒介し、さらに、伝統的社會關係の改編にともなう社會的混亂の解決策としての役割を果すものであつた。⁽¹⁾

周知のように、西欧法の受容に基く近代的法体制を形成するにあたり、どのような手續きで、いかなる内容のものにするかをめぐつて、明治政府と自由民權派とは基本的に對立した。明治政府は、いち早く自らの權力構造の確立をめざして、法典編纂事業に着手し、さらに、西欧法の知識の供給源として、かつ人材（官僚）養成の手段として法学教育を行なつた。⁽²⁾ その場合の基本方針は、あくまで西欧法を外形的に——精神なき法技術として受容することによつ

て、国民を統治する法および法学を築くことにあった。これに対し、自由民権派は国民の人権を擁護する立場から、西欧法の基本精神・基本原理を受容して、国民の自由と権利の伸張を図ろうとした。結局、それは日本の近代化のコースをめぐる対立であった。

こうしてみると、西欧法の受容のあり方を検討することは、日本の近代化を総体的に解明しようとする場合に欠かすことができない重要な課題の一つであるといえる。このことを反映して、これまでにも先学の手によって、近代日本における西欧法の受容に関するすぐれた業績が少なからずあげられてきた。現在この分野の研究は、国内の諸条件の解明とともに、近代日本がおかれた世界史の段階状況をふまえて再検討されることが必要であるとされている。⁽³⁾

ところで、近代日本の法および法思想の歴史的分析を試みようとする場合、それらが西欧法の受容を決定的なモメントとして形成・発展したことから、法および法思想の内的論理構造それ自身の歴史的発展ではなく、法および法思想の担い手の法に対する考え方の歴史的展開に焦点をあてることが必要になる。⁽⁴⁾ こうした西欧法の受容を主体の側にそくして考察する試みの一つとして、本稿は、都市知識人の団体として、近代日本の法体制形成に少なからぬ影響を及ぼし、国民の法律知識の啓発に一定の役割を果たした共存同衆⁽⁵⁾の法律論を取りあげ、近代日本における西欧法の受容のあり方を解明する手掛りとしようとするものである。

以下本稿ではまず、共存同衆および機関誌『共存雑誌』の論調について簡単な考察を加え、つづいて共存同衆の法律論を検討する。その際、小野梓、馬場辰猪、増島六一郎の法律論に焦点をあててみたい。その理由の一つは、この三人が共存同衆の中でもっともよく西欧法に精通しており、同衆の討論会や『共存雑誌』に多く登場してい

るからであり、二つには、彼らがすぐれて国民の立場にたった法律論を展開していることにある。⁽⁶⁾

- (1) この点につき、潮見俊隆・利谷信義編著『日本の法学者』「はしがき」参照。
- (2) 明治政府の法学教育については、利谷信義「日本資本主義と法学エリート」(一)・(二)、『思想』四九三、四九六号)。松尾章一「明治政府の法学教育―明法寮と司法省法学校の史料を中心として―」(『法学志林』六四卷三・四号)参照。
- (3) この点につき、山中永之佑「明治期日本の西欧法継受に関する研究」(『法制史研究』二二号)。なお、主な先学の業績については同論文一六二頁註(1)参照。さらにここでは、中村雄二郎『近代日本における制度と思想』をつけ加えておきたい。
- (4) 戦前日本の法および法思想の担い手に焦点をあてた業績は少なくないが、さしあたりまとまったものとして、潮見俊隆編著『日本の弁護士』、潮見俊隆・利谷信義編著『日本の法学者』の二著をあげておく。
- (5) 共存同衆に対する研究は従来あまり行なわれてこなかった。わずかに高野善一・松田信男解注「小野梓全集補遺―その一 共存同衆篇」(一)・(二)、『早稲田大学図書館紀要』一、二号)、石附実「明治の知識人―共存同衆と小野梓」(『人文学報』二四号)やサンドラ・T・W・デビス「共存同衆」(未見)があるにすぎない。また、小野梓や馬場辰猪の伝記研究(たとえば、永田新之允『小野梓』、西村真次『小野梓伝』、安永梧郎『馬場辰猪』、萩原延寿『馬場辰猪』など参照)の中でふれられているものが多く、本格的な研究は今後にまたなければならぬ。
- (6) 周知のように、小野梓と馬場辰猪は、自由民権運動に対応する自由民権法学の中で英法系を代表する人達であり、増島六一郎は、戦前日本の法体制を一貫して在野法曹として活躍した。

二 共存同衆と『共存雑誌』について

(一) 共存同衆は、一八七三(明治六)年九月、英京ロンドンにおいて、馬場辰猪の首唱により、在英日本人留学生の親睦と知識の交換を目的として組織された日本学生会を母体にして、翌年五月二十二日に、一八七一年以来の米英

留学を終えて帰国した小野梓がリーダーとなって、同年九月二十日、赤松連城、尾崎三良、広瀬進一、松平信正、岩崎小次郎、三好退蔵の手によって結成された⁽¹⁾。

同衆員の身分、出身地、職業、社会的地位などは多種多彩であり、欧米留学で自らの思想形成をしたものが多い⁽²⁾。またこれを世代からみると、結成当時における主な同衆員の平均年令は二十六、七才であって、彼らが社会的活動をはじめた時は、すでに明治政府によって、新しい日本のたどるべきコースの見取図が示されており、ともかくも、彼らは、新しい日本国家の建設に大きな理想をいだいていた若いインテリ達であった。

彼ら同衆員は、欧米列強の高度な生産力と強大な軍勢力とを背景とする日本の植民地化、ないしは半植民地化の危機の中で、均しく日本の対外的独立と国民的統一の実現をめざし、そのための具体的な活動の場として共存同衆を結成した。彼らは共存同衆の活動を通じ、自ら欧米留学で学び、かつ経験した欧米先進国の制度、文化、思想などを基盤として、お互いの学問、思想の修養を図り、さらに、広く社会に働きかけ、積極的に明治政府と国民の相方を啓発しようとした。彼らの究極的目標は、「人間共存ノ道」を講究し、勧めることにあつた⁽³⁾。

共存同衆は、毎月十日・廿五日を常会日と定め、便宜上、「一に法制の事二に教育の事三に理財商業の事四に衛生の事」の四門に分けて討論を行った⁽⁴⁾。また、結成の翌年一月には、広く国民一般に討論会の成果を提供し啓発に資するため『共存雑誌』を刊行した。さらに、一八七八年九月二十九日には、当時の官民双方にまたがる多くの指導的知識人を一同に会して、共存同衆第一年会を開催し⁽⁵⁾、これを契機として共存同衆は公開講演会を行うようになり、社会的影響力を強めていく。実際共存同衆は、この頃東京において政談演説会を行った講談会、嚶鳴社とともに政談演説

会の濫觴をなした。また、同衆は各地に通信員をおいて、当地に生起している問題の情報を集めて討論の素材にした。り、学習運動に力をかしながら広く国民との接触を図っていった。⁽⁶⁾さらに、「共存文庫」を設立してこれを一般国民に解放し、内外の新しい知識を吸収する機会をつくった。⁽⁷⁾

こうした共存同衆の活動は、自由民権運動の展開と、国民の学習熱の高揚とあいまって、次第に国民への影響力を増していった。この状況を疑懼した明治政府は、一八七九年五月、官吏の政談演説を禁じ、つづいて、翌年四月には、集会条例を制定して、共存同衆や嚶鳴社などの弾圧にのりだした。その結果、共存同衆は、大きな打撃をこうむり、内部に動揺を生み一つは政治の道を、他の一つは純粹に學術の道を歩むことになり、ここに事実上の解体をみるに至るのである。⁽⁸⁾

なお、共存同衆創立以来の顕著な活動として、同衆の中心メンバーの一人であった三好退蔵は、後年、第一「本衆ノ名ヲ以テ讒書律ヲ置クノ建議ヲ為シタル事」、第二「衆員某ノ名ヲ以テ擬上皇帝書ヲ当路ノ大臣ニ内申シ、議會開設ノ必要ヲ極論シタル事」、第三「本衆ノ名ヲ以テ書ヲ欧米ノ公衆紳士ニ寄セ、条約改正ヲ促シタル事」の三つをあげている。⁽⁹⁾いずれも、日本が独立国として近代制の法体制を整備することを念願して、明治政府や諸外国に働きかけたものである。これら共存同衆の活動は、経済的にはある程度資本主義の育成が進行し、政治的には自由民権運動を中心として、明治国家建設の原則をめぐるはげしい政治闘争が展開された状況の中で行なわれたものであり、それだけに現実とのきびしい緊張関係をもちつづけてなされた。

またこの間共存同衆員が、欧米の思想・法制をかなり系統的に翻訳、紹介していることも注目されてよい。⁽¹⁰⁾

(二) 『共存雑誌』は、一八七五年一月に創刊され、翌年八月の第十三号をもって一時休刊され、二年半後の一八七九年三月に再刊（これより週刊誌となる）、翌年五月の第六十七号をもって終刊した。創刊号から一時休刊するまでの印刷売捌所は、東京葉研堀町の報知社であり、再刊後は銀座四丁目九番地の東京曙新聞社、朝陽社であり、編集刊行主事は大内青巒（時折、中村武雄）があたった。『共存雑誌』の大きさは、縦十六、横十一・五センチ、一頁の字数は十行二十四字で、毎号論文は二編（再刊後は、縦十八、横十二センチ、一頁の字数は十二行二十五字で、三編）掲載された。発行部数は、「内務省第一年回年報(1)」によると、明治七年七月から同八年六月までが一二三〇部、同八年七月から同九年六月までが二五二〇部である。再刊後の発行部数は不明であるが、『共存雑誌』の売捌所が多くなっていることから、増加していることはまちがいないと思われる。

掲載論文は、書き下しのものと共存同衆の討論会における講演原稿であって、テーマは諸分野にわたる。すなわち、法律論、文明論、女性論、男性論、経済論、歴史論、身分制度論、家族論、学問論、翻訳論、哲学、宗教論、自然科学論、貿易論、外交論、論理学、輸入税論、道德論などあらゆる問題が取り扱われており、中でも法律論が多いことが注目される。近代日本の変革期にあつて、同衆員の知識の高揚と国民の啓発をねらいとしていたこの雑誌は、他の啓蒙雑誌（たとえば『明六雑誌』など）と同様に総合性をもっており、また自然科学と社会科学とが有機的に関連しあつて論じられているのを特徴としている。さらに各論文は、何らかの形で日本の近代化の構想と深く関連しており、彼ら同衆員が現実との緊張関係を常に保ちながら思想的営為を行なっていたことを示している。

さて、この『共存雑誌』を貫く基調は、日本の対外的独立と国民的統一をいかにして実現していくかということに

ある。彼ら同衆員は、国の独立と一身の独立とが不可分の關係にあり、どちらの独立を失うこともいさぎよしとしなかつた。⁽¹¹⁾

まず、日本の対外的独立を図っていく際の外交上の主義は如何にあるべきか。「夫レ我国ノ外交主義タル欧州強國ノ非ニ倣ヒカヲ以テ外交主義トナス可カラズ必ズヤ智術ト公義トニ依ラザルベカラザルナリ」と、日本は欧米列強諸國のような力の外交⁽¹²⁾に帝國主義化の道を追隨せずに、「智術」と「公義」に基く道を歩むべきだと主張する。共存同衆はこうした考えを実行に移して、「寄欧米公衆促条約改正書」を作成し、英仏語に翻譯して欧米諸國民に呼びかけた。⁽¹³⁾

一方で共存同衆は対外的独立を達成するために、海上の防備や外交接衝以上に、国内の改革（とりわけ「民心の改革」）を重視した。ここに国内の改革（「民心の改革」）とは、封建的ローカリズム、封建的身分制、男尊女卑といった長年にわたり日本人民の独立自尊への道を阻害していた封建的遺制を一掃することである。つまるところそれは、人民を均しく日本人という國民觀念のもとに統合し、新しい社會關係に対応する「平民」⁽¹⁴⁾に「市民」を形成することであつた。共存同衆が自らの立場を「平民主義」と称した所以もここにある。民権の眞の担い手を平民におく彼らは、必然的に時の士族民権家を激しく批判している。

かくて共存同衆の究極的目標は、平民としての人間が共存の道を歩むことであり、そのための手段として、彼らは急進主義を排除し漸進主義をとつた。またすでに社會問題や労働問題が深刻さを増しつつあつた欧米では、労働者を代表する政党が出現していたが、これらの政党にも批判を加えている。⁽¹⁵⁾こうしてみると、彼らのいう「平民」とは、

封建的身分制下の支配者たる華士族と、底辺にあつて社会の矛盾を一身に背おう民衆との中間に位置する人であり、小野梓の言葉を借りれば「農工商ノ三民」⁽¹⁶⁾ Ⅱ「中等ノ人」であつた。

この「平民」によつて構成される社会は、「人民交際ノ厚キト愛國ノ切ナル」⁽¹⁷⁾ 社会であり、言論ノ自由が保障され、法律のコントロールのもとにある社会である。彼ら同衆員は、この認識の範を欧米先進国（とりわけイギリス）にもとめ、日本の対外的独立と国民的統一を実現するために、具体的な日本の近代化の見取図を提示するにあつて、西欧法の受容に基づく近代法体制をいかに築きあげていくか、といった問題に主要な関心を注いでいった。こうして、共存同衆の講談会においてもっとも活発に討論されたテーマが法律論であり、また『共存雑誌』に掲載された論文も法律を論じたものが多くなつた。

- (1)、(2) 小野梓「共存同衆ノ歴史」（山田一郎篇『東洋小野梓先生伝』下巻「自伝志料」所収）参照。なお同衆員の数は次第にふえ、一八七九、八〇年頃には百余人にまで達した。主なメンバーは馬場辰猪、万里小路通房、菊池大麓、大内青麟、島地繁雷、金子堅太郎、田口卯吉、島田三郎、鳩山和夫、肥塚龍、増島六一郎、津田純一、長岡護美などである。
- (3) 共存同衆結成の趣旨につき、「共存同衆条例緒言」（『共存雑誌』一号附録）参照。（以下『共存雑誌』は号数のみを記す）。
- (4) 前掲、小野梓「共存同衆ノ歴史」。
- (5) 来賓の主な人達は、福沢諭吉、福地源一郎、中村正直、神田孝平、津田仙、成島柳北、矢野文雄、河野敏鎌、沼間守一、玉乃世履、中島信行、藤田茂吉、井上毅などである。集会の模様につき『共存同衆年会始末』（明治十一年九月）参照。
- (6) 幹事記「通信二則」（二九号）参照。
- (7) 「共存文庫定則」（四四号）参照。
- (8) 同衆のリーダーであつた小野梓は、鷗渡会→改進黨へ、また馬場は、政談討論演説会、国友会→自由党への道を歩む。他方、

金子堅太郎、菊池大麓らは、「政談演説会を開くことを止めて、社会倶楽部」（金子「共存同衆盛時の回想」、『太陽』二六卷一三号）となし、その後も共存同衆の名を使用した。なお、菊池「共存同衆の今昔」（『東京日日新聞』明治四十二年一月十五日付）参照。

(9) 三好退蔵「祭文摘録」（永田、前掲『小野梓』所収）。

(10) ベンサムの翻訳で著名な何礼之は、明治十二年十月小野梓、中村武雄の紹介で入衆している。

(11) たとえば、肥塚龍「英国々会議員委任法ノ不完全」（三九号）参照。

(12) 島田三郎「外交新論第一回」（三二号）。

(13) 共存同衆議定「寄欧米公衆促条約改正書」（五八号）参照。

(14) 大内青轡「名実の辨」（二二号）。なお、大内の華士族批判につき「平民之頭燃」（四号）参照。

(15) 島地繁雷「差別平等説（第卅六号続）」（四三号）参照。

(16) 小野梓「権理之賊」（二号）、「何以結党」参照。

(17) 前掲「共存同衆条例緒言」

三 共存同衆の法律論

(一) 『共存雑誌』誌上にみられる法律をテーマとした論文は、以下のごとくである。小野梓「権理之賊」（二号）、「読詔余論」（六号以下、全三回）、「民刑二法実理」（一〇号）、「論通法之定置」（一一号）、「国憲論綱」（一四号以下、全七回）、「立法官ノ一大忽略」（二六号）、「法司ノ二急」（三五号）。三好退蔵「民事新話」（一〇号以下、全二回）。福原芳山「刑法論」（一三号）。広瀬進一「婚姻ノ目的」（十六号以下、全二回）。菊池大麓「議員撰挙法新案」（一九号）。馬場辰猪「羅馬律略」（二〇号以下、全七回）。金子堅太郎「論英国律例」（二〇号以下、全十回）。

長岡護美「欧州政事上ニ人民權利ノ進捗」(二五号以下、全三回)。肥塚龍「後見人の説」(二八号以下、全三回)、「英国々會議員委任法ノ不完全」(三九号)。増島六一郎「法律家ノ要格」(四六号以下、全二回)、「法律真理学」(五〇号以下、全四回)。津田純一「法律編纂論」(五二号以下、全三回)、「比較刑法」(五七号)である。小野梓、馬場辰猪、金子堅太郎、増島六一郎、津田純一らの活躍が目につく。

これらの論稿の多くは、近代法の精神、基本構造をイギリス法を素材として、翻訳・紹介を試みたものと、日本現行法および法律研究の現状を批判し、かつ日本の近代法体制の整備にあたって、取り入れるべき近代法の基本原理を論じた立法論である。彼ら同衆員がイギリスに滞在し、法律の研究を志していた当時、イギリス法思想は、分析法学(ベンサム↓オースティン)と歴史法学(ヘンリー・メイソンの⁽¹⁾二大潮流に代表されていた。したがって、彼らの法律論は、この分析法学と歴史法学からの影響を強くうけている。

まず、彼ら同衆員の法律研究の特徴からみてみよう。

彼らは、法の研究にとって、法理の究明および歴史分析が欠かせないことを強調する。たとえば、金子堅太郎は「論英国律例」(第一回)の「英律惣論」の中で、法律を研究する場合、法理を講究し、法の歴史を究明することが大切であることをのべている。彼は、つづけて、この両者の関係について論じ、「律例沿革ノ史ヲ講スルハ法学士ノ要務ニシテ其重、決シテ法理ヲ講スルノ下ニ在ラザルヲ知ル也蓋シ律令ノ沿革史ヲ知ラザレバ以テ其政体人情ニ通ズルコト能ハズ其政体人情ニ通ズルコト能ハザレバ終ニ得テ立法ニ主トスル所ヲ明ニセザレバ也」⁽²⁾。それ故に「法理ノ学ト沿革史トハ律例ノ両大輪ニメ若シ能ク之ヲ全フシテ失セザラシメバ其確然トメ実行セラルハコト猶ホ二輪並ビ存シ

テ一車、傾覆ノ憂ナク安然トシテ運行スルガ如シ⁽³⁾と説く。こうした認識に基いて、金子は、イギリス法の本構造を、歴史分析を通して究明している。西欧法を研究する場合、現行制定法の研究を行うことよりも、法理および、歴史の究明に力を注ぐこうした態度は同衆員に共通してみられる。

つぎに、彼らは、西欧近代法の精神、基本構造を、イギリス法を素材としてどのように把握したのだろうか。

たとえば、金子は英国憲法のすぐれている点は、「英。国。ノ。主。権。ハ。民。人。ノ。手。裏。ニ。帰。着。シ。帝。家。ハ。唯。タ。其。虚。名。ヲ。擁。シ。テ。議。院。ノ。成。ヲ。仰。キ。之。ヲ。批。准。ス。ル。ノ。式。ヲ。為。ス。ニ。過。キ。サル。」⁽⁴⁾にあると説き、また、国会について、上議院のイギリス政治に關与する深淺は「第二流ノ地ニ在ル」⁽⁵⁾と指摘する。さらに、彼は、「人間固有ノ性情ハ終ニ得テ湮滅セス其自主ヲ重シ民權ヲ貴ヒ参政ノ權利ヲ欲スルノ思念ハ末タ曾テ其腦裏ヲ離散シ去ラサルナリ」⁽⁶⁾と結論し、市民的自由、政治的自由を保障する民主的憲法の必要を示唆している。また、近代法の重要な精神の一つであり、近代社会を支える不可欠な基本原理として共存同衆は、「言論の自由」の保障を強く主張する。すなわち、「民間ノ言論ハ治國ノ一大要具ナリ」⁽⁷⁾と説き、共存同衆は、「盛ニ言論ニ従事シテ」、政府、國民を啓発することを一大目標とした。⁽⁸⁾

彼ら共存同衆員の西欧法受容の考え方、すなわち、西欧近代法の精神、基本構造は日本の伝統的法体制を變革し、近代法体制を整備しようとする場合、どのように生かされるべきであるか。

福原芳山はいう。「自國の旧法ヲ變セント欲スル必先之ヲ先進ノ他邦ニ鑑シ其變換改正シ來レル所以ノ條理ヲ推究シ且其新法ト古法トノ實際優劣如何ヲ考察熟圖シテ以テ旧新沿革適度ヲ得ルノ理源ヲ領得スヘシ」⁽⁹⁾と。ただ、現今のヨーロッパ各国は夫々憲法を異にしており、したがって民法・刑法も同一のものではない。そこで、「其法律起創ノ

原因ヲ察セスシテ之ヲ自國ニ施用⁽¹⁰⁾してはならないとのべる。つづいて、彼は一例を刑法にとって、その原理を講ずる。すなわち、刑法は人民の權利に深く関わっているものであり、「刑法ノ嚴誠ナキトキハ真ニ人民ノ權利ヲ保護シ義務ヲ盡サシムル能ハス」と説いて、当時、世間一般の関心が主に民法に注がれていたこともあって、刑法への関心を促す。そして、刑法を制定する場合の精神について、「刑法ノ至極ハ犯人ヲ懲スニ在シテ其罪惡ヲ未萌ニ消伏スルニアリ此意ニ根シテ法律ヲ制定セスンハ恐クハ大体ヲ失ハン」とのべている。⁽¹²⁾

こうした例において示されているように、共存同衆員は、西欧法のエッセンスを日本の近代法体制の中に取り込むことを主張した。それは、明治政府が西欧法の外形を模倣し、内実は、國民を統治する法体制を整備しようとしたのに対して、明らかに國民の自由と權利の伸張を目ざした法律論であつた。

さらに、日本の近代法体制の整備にあたっては、イギリス法の判例法主義を排して法典編纂の必要を説いている論文がある。すなわち津田純一は、「法典編纂論」において不文法制度の弊害をのべ、それを矯正する四箇の要目を、つぎのように指摘している。

第一、法律ノ曖昧ナルト其確定ナラザルト並ニ先哲ノ法論、互ニ相抵觸スルトノ弊ヲ除キ之ヲ明瞭ナラシムベシ。

第二、判事若クハ代言人ヲシテ法律ノ形情ヲ搜索スルノ便ヲ得セシメコレカ為メ消費スル時日ト其煩勞トヲ減殺スヘシ

第三、法律ヲ公告セサルカ為メ國民ヲシテ其權利ト其職務トヲ知ラシムルニ妨害タルヘキ諸ノ障礙ヲ除去スヘシ

第四、緊要ナル法律ノ論理ヲ知ルノ時機ヲ得サルカ為メ立法官タルモノ屢々特權ノ法律ヲ改正スルニ臨ミ大ニ其順

序ヲ失スルノ害アリ今マ宜シク之ヲ防禦スヘシ、と。

つづけて、彼は「之ヲ實際ニ舉行スル手段ノ要点ハ不文律ヲシテ成文律タラシムルノ一点ニ在リ」とし、ここに法典編纂論が起る原因があると説く。こうして、津田は、イギリス法制を排して、法典編纂が必要であることを主張する。確かに長い間のコモン・ローの歴史の中で培かわれてきたイギリス法制を、直接日本の近代法体制の基礎とすることはむずかしかった。したがって、ある意味では、法典編纂論の登場は当然であつたといえる。しかし、この論をめぐって共存同衆の討論会でどのような議論がたかわされたのか残念ながら現在のところ、我々はこれを確かめる資料をもっていない。

(二)(i) 小野梓の法律論⁽¹⁶⁾

小野梓が、共存同衆においていかに精力的に活動したかについては、彼の『共存雑誌』における執筆回数（全三九回）が多いことや、一八七九年一月一日より記しはじめた彼の日記（『留客斎日記』）をみるとよくわかる。⁽¹⁷⁾ここに主なところをひろってみると、

明治十二年

一月十日 此夜共存と曙との條約を艸す。

一月十四日 帰路中村を訪うて、共存同衆と曙新聞社との條約艸案を示す（共存雑誌再行の事に就ての條約なり）。

三月十七日 帰路衆館に入り、共存雑誌第十四号の下摺を見る。蓋し来る十九日より発兌の筈也。

と、『共存雑誌』再刊の経緯が記されている。また、政府の官吏演説の禁について、

五月十一日 休日なり。午後白蓮会に列す、聞く政府尚官吏の講談するを禁ずと。是れ鼠輩が予の世間に勢を得るを畏れ、この姑息の処置を為す。蓋し是れ亡滅の基なる乎、吁々惜むべし。予輩すら畏ろしくては、最早もてかぬるべし。惟ふにこれは井上^(マ)ギのこそくりなるべし。明日出仕、明了にすべし。勢によつては辞官すべし。

十二日 朝す。帰路衆館に入る。菊池と遇ふ。終に長岡を訪うて、原、馬場と会す。官吏の演舌は止めたる由也。馬鹿にも程がある、吁々。

十四日 帰路衆館に入り、同衆の講談に列す。併し官吏の講談を禁止する愚法に束縛せられ、非三大政權を講ずるを得ず。是れには甚しき關係あれば、自身尚辭職の積なり。

と、政府の共存同衆を目あてにした弾圧に対する憤りと、官吏の演説禁止によつて、予定した「非三大政權」が講演できなかったことが記されている。

さらに、廿一日付けで、

帰路共存の会同に列す。此日兼てより余の發議せし本邦の事情を筆記して、之を訂約の各国に寄せ、條約改正を促さん事を決せり。是れは共存勿論余自己に取りても、日本人民に対して其友悌の情を盡すものにして、必らず成功ありて、設とひ條約改正を直接に刺衝せざるも、後日外交の一番を為すには相違あるまじと信ず。余も筆記委員に選まれたり。

と、「寄欧米諸国促条約改正書」についての記事がみえる。なお、この頃、馬場との交際が親密であったことも記憶されてよい。事実、再建後の共存同衆は、小野と馬場の協力關係に負うところが多大であつたし、彼らは、当時、

自らの社会的活動の基盤を共存同衆においていたのである。

つぎに、小野梓の、『共存雑誌』に掲載された法律論を順次みてみよう。

同衆結成当時の小野は、当面する日本の政治課題を、内治の充実、とりわけ「大蔵司法ノ事」にあると主張する。つづけて、法体制の整備の現状および、法律改定の必要を説いて、「王政更始ノ後新律綱領改定律例相ヒ踵デ頒布シ刑律稍々整フト雖ドモ其ノ中尚ホ過刻ナル者アリ過寛ナル者アリ贅アリ缺アリ之ニ加ルニ刑法ノ中僅カニ一二ノ民法ヲ寓シ概シテ之ヲ言ヘバ本邦今マ一定ノ民法ナキ也。謹ンデ按ズルニ刑律ノ治ニ重キ所以ハ唯ダ民ヲシテ能ク民法ニ則トラシメント欲スルノミ。是ヲ以テ民法未ダ立タザレバ刑律ノ以テ明カニ罪案ヲ擬スベキ無キ也。而シテ外交ノ未正亦タ大ヒニ此ニ由ル者アリ。是ヲ以テ税法法律ノ改定実ニ邦家政治ノ要務タル也⁽¹⁸⁾」という。この法律の改定にあたっては、「抑モ法宜シク衆庶ノ品行ニ就テ其ノ得失ヲ論ズベシ為政者ノ好惡ニ因テ之ヲ廢置スベカラズ。故ニ之ヲ改置スルモ亦タ容易ニ非ラザル也。唯夫レ然リ。故ニ邦家此ノ至難ノ政ヲ拳ントセバ唯海内ノ公論ヲ盡スアル耳⁽¹⁹⁾」と述べ、日本の近代法体制の整備という至難の事業は、国民の自由な議論に基礎をおき、あくまで為政者の都合でなされるべきでないことを主張する。

小野の権利に対する考え方は、「権理之賊」にのべられる。すなわち、権利には、「天性上ノ権理自由^{ネチュラル リバティ}」と「交際上ノ権理自由^{ソシヤル リバティ}」とがあつて、「人智ノ進ムニ及デ人々天性上ノ権理自由ヲ全有スルノ巨害タルヲ曉リ之ニ就キ其ノ交際上ノ適セザル者一二ヲ擲チ以テ通義ヲ盡シ因テ以テ己ノ身体生命ヲ保チ名譽財産ヲ護ス。是レヲ交際上ノ権理自由ト云フ」と説いて、小野は、「吾人ノ熱心之ヲ欲スル所ノ権理自由ハ所謂交際上ノ権理自由ニシテ能ク之ヲ保全ス

ル者ハ通義也」⁽²¹⁾とのべる。さらに、「権理」と「通義」とは、「人生交際ノ間ニ並び立テ須臾モ相離ルベカラザル者」⁽²²⁾である、権利を主張する場合には、通義を尽すことが必要であると説く。また、小野は、この「権理之賊」の中で、「我が政府ノ疑罪ヲ繫獄シ租税ヲ偏重シ刊行ノ自由ヲ許サズ義政ノ制度ヲ立テザル等皆人民ノ欲楽ヲ阻シ自カラ政府タルノ通義ヲ忘レタルモノナレバ之ヲ責メテ之ヲ正スハ日本人民ノ権理ナリ。然リト雖ドモ吾輩三千五百万人ノ中能ク之ヲ責メテ自カラ耻ヂザル者ハ独リ、農工商ノ三民ノミ。夫ノ華士族ニ至テハ或ハ之ヲ責ムルノ権理アルナシ」⁽²³⁾と「交際上ノ権理自由」を主張し、政府の政策を批判する権利をもつ階層を「農工商ノ三民」にみいだしている。このような権利とその担い手についての考え方は、当時の急進的な自由民権論とも、明治政府の国民の権利と自由を抑圧する立場とも異なるものであつて、共存同衆の基本的立場でもあつた。

ところで、小野は、この頃、まだ明治政府の開明的政策の展開に自らの立憲政治実現の夢を託することが可能であると考えていたようである。「読詔余論」の主張はそのことを物語っている。一八七五（明治八）年四月十四日の立憲の詔勅を読んで小野はいう。「大ナル哉盛ナル哉本月十四日ノ詔ヤ蓋シ是レ神武以后ノ明詔ニシテ実ニ我邦自由ノ曙也」⁽²⁴⁾。この詔をよく読み、よく味つて将来の日本を構想しないものは、日本人であつて日本人でない。「能ク之ヲ慮リ而シテ能ク之ヲ言テ耻ナキ者ハ唯リ吾儕平民ノ如キ善良ノ人民耳唯タ夫レ吾儕平民ハ此ノ盛時ニ当テ宜シク祖先以来未醒ノ長夢ヲ一覚シ二千年来首頸ニ巻キ付ケラレタル重軛ヲ一脱シ自由ニ吾儕ノ意見ヲ説キ天然固有ノ権理ヲ主張シ上ハ皇帝陛下ヲ真箇ニ吾儕ノ帝王トシ……下ハ吾儕平民ヲシテ真成ニ独立ノ人民タラシメ……以テ我カ日本帝国ノ元氣ヲ皇張シ以テ我カ日本帝国ノ独立安寧ヲ鞏クスヘシ何ソ自ラ卑屈シ牛半ヲ以テ比セラルハヲ甘センヤ」⁽²⁵⁾と。この

「読詔余論」は、小野が描く日本の近代国家構想に憲法構想の原型をなすものである。彼のねらいは、皇室の尊榮と国民の幸福を図ることにあり、その素材として、イギリス立憲主義を日本へ導入することを主張する。

小野は、第一節で「議院不要上下」をのべ、「議院。豈。ニ。上。下。ヲ。要。セ。ン。ヤ。一。院。ノ。国。会。有。テ。政。事。ヲ。商。量。セ。ハ。至。レ。リ。尽。セ。ル。也。」⁽²⁶⁾という。つづけて二院制は、「我。カ。帝。国。ノ。如。キ。君。權。民。權。ノ。共。ニ。偏。ス。ヘ。カ。ラ。サ。ル。者。ニ。用。ユ。ヘ。キ。者。ニ。非。ラ。サ。ル。ヤ。明。シ。況。ン。ヤ。本。邦。ノ。如。キ。ハ。民。權。ノ。輕。キ。コト。此。ノ。如。ク。実。ニ。我。カ。皇。帝。陛。下。ヲ。シ。テ。十。四。日。ノ。詔。ア。ラ。シ。メ。タ。リ。然。ル。ヲ。今。マ。官。撰。ノ。上。院。ヲ。設。置。シ。以。テ。之。ヲ。揚。シ。ト。欲。ス。余。ノ。愚。末。タ。其。ノ。可。ナ。ル。ヲ。知。ラ。サ。ル。也。」⁽²⁷⁾と、わが国においては一院制が良いと主張する。

第二節「撰華人之品等五月廿五日之演説」では、普通選挙制度を排して、「陋巷ノ貧民」と「矮屋ノ愚漢」をのぞくことを主張し、選挙資格を、まず年令は、満二十一才とし、つぎに、財産の制限を、「国内ノ人民三分ノ二ハ其ノ範圍中ニ在ルヘキ者ヲ目的トシ之レカ限ヲ立ルヲ善トス」とし、さらに、「有学有芸ノ人」すなわち「法律ノ学士、海陸軍士官、文学ニ通スル者」を加えるべきだとする。さて、ここで我々の注意をひくのは、華士族の取扱ひについての見解である。小野はいう、「右ノ外特ニ華士族ヲシテ七年間撰華ノ權ヲ有セシムヘシ蓋シ其ノ期限中ニ夫ノ家祿ヲ転シテ家産ト為スノ方法ヲ認メシムル為」⁽²⁹⁾である。「尚ホ之ヲ転スルコト能ハス依旧家祿ヲ受クル者ハ真ニ御情ノ仕送ヲ受クル者ト定メ縦トヒ他ニ如何ナル撰權ヲ有スヘキ理アリト云ヘテ還祿ノ日迄ハ決シテ撰權ヲ有セシメザルヘシ」⁽³⁰⁾と。このように、華士族に還祿し、平民となるために、一定期間の猶予を与えようとする小野の考えは、共存同衆内部では微温的見解であつた（たとえば大内青巒「平民之頭燃」(四号)を参照)。⁽³¹⁾

第三節「縣治并縣會」では、中央政府と地方政府との権限分界の問題を説いている。⁽³¹⁾

さて小野は、帰国直後のこの時期、欧米留学の成果のまとめにとりかかっていた。『羅瑪律要』、『民法之骨』の執筆がそれである。これらの執筆中にその一部を共存同衆の場をかりて公にしたのが、「**「民刑二法実理」**」であり、「**「論通法之定置」**」である。

「**「民刑二法実理」**」には、小野の、日本における西欧法研究の現状に対する批判、および、彼の西欧法研究に対する考え方がよく示されている。

小野は、「欧米ノ律例大抵其ノ土俗ノ慣習ニ基キ一種奇怪ノ定例アリ」⁽³²⁾。「加之英国ノ律例多ク其ノ源ヲ古代ノ通習ニ得ルヲ以テ其ノ中法制ノ本質ヲ損スル者少シトセス故ニ英国ニ在テ全法ト認ムル者モ動モスレハ之ヲ佛国ニ通用スヘカラサル者多シ呼々同一ノ欧州ニ在テスラ尚ホ且ツ然リ況ンヤ異俗殊習ノ大東洋ニ於ルヤ是ヲ以テ先ツ理論ニ依テ法制ノ本質ヲ講明シ事理ノ真法タルヘキ者ヲ知ルニ非ルヨリハ之ヲ講スルモ其当不ヲ沙汰スル能ハサルヲ以テ徒ラニ益ナキノミナラス又方ニ夫ノ奇怪ノ定例ヲ認メテ真純ノ法制ト做シ之レカ為メ国ヲ害シ民ヲ殘ヒ其弊害拳ケテ言フヘカラサル者アルナリ僕近時邦人ノ泰西律例ヲ説ク者ニ於テ斯ノ感懷ナキ能ハサルナリ」⁽³³⁾とのべる。すなわち彼は、一口に、欧米の法制といつても、それぞれの国の慣習や、歴史によつて、法制を異にしている点を重視し、風俗・慣習を異にする東洋に、直に現行西欧法を翻訳・紹介するよりも、欧米法制の本質（法理）の究明が大切だと主張する。つづけて、小野は「抑モ又帰朝学律生ノ一己ノ身上ヲ構フニ汲々トシテ本邦ノ法制ヲ真純ニスルヲ以テ自ら任セス會テ法制ノ真味ヲ嘗メス徒ラニ外邦ノ法制ヲ真写シテ之ヲ本邦ニ用ヒント夫ノ知り自慢ニ過ル故ナリ」⁽³⁴⁾とのべ、日本にとつて何が必要かを考慮せず、しかも歴史的背景のちがいを考えずに安直に西欧法の翻訳・紹介をする法律家

に對して鋭い批判をあびせる。

小野は西欧法を素材として法律を講述する際、「篇中所載ノ論旨大抵辨差無塊斯陳二大家ノ説ク所ヲ祖述シ勉メテ臆説ヲ其間ニ挿マサルヲ要ス」⁽³⁵⁾という態度をとった。これは、小野が欧米留学中に、「法とは何か」を研究する過程で、ルソー、モンテスキューの説に納得しえず、「終ニ辨差無氏ノ為政理論ヲ讀ムニ及ンテ始メテ余ノ夫ノ二大家ヲ疑フモ亦タ未タ全ク妄ナラサリシヲ自知スルノ期アルニ遇ヘリ」⁽³⁶⁾。また、「余辨差無ノ書ヲ讀テ以來腦中渾然トシテ得ル所アルカ如ク決然夫ノ二大家ノ非ナルヲ知」⁽³⁷⁾ったことに基く。さらに、このベンサムの説によって、法とは命令であり、法制定の目的は、「抜苦與樂ノ為メニシテ真利ノ旨ニ原ツク者」⁽³⁸⁾であることを知るに及んで小野は我意を得る。すなわち、「余今之ヲ約シテ法ハ理ナリト云フモノハ理ハ則チ真理ノ果ニシテ抜苦與樂ノ所依ナレハナリ」⁽³⁹⁾。「吾儕ハ既ニ法制ヲ認メテ真利ノ旨ニ原ツク者ナリト信スル」に至ったとする⁽⁴⁰⁾。

「論通法之定置」は、小野が、ローマ法研究からヒントを得て、当面する条約改正の課題に對して行なった現実的な提案として注目される。

小野は、近代的法制が整備されていない段階で、即座に列強に条約改正を求めても実現されないこと、しかも、日本において、近代的法制を整備するには、なお数十年の年月を要すると認識する。そこで、近代的法制が整備されるまでの暫定措置として、小野は、「夫レ内法ハ内國文化ノ進歩ニ応シテ徐ニ理齊スヘキ者ニシテ其ノ整頓素ヨリ数十年ノ後チヲ期セサルヲ得サレハ焉ンソ拱手シテ其整齊ヲ待ち數十年ノ間衆民ヲシテ許多ノ弊害ヲ蒙ラシメ并セテ獨立國ノ体面ヲ失スヘケンヤ要別ニ智謀ヲ運ラシ回復ノ策略ヲ建ツヘキナリ曰ク然ラハ何ノ全策アリテ以テ今日ニ挙クヘ

キヤ曰ク羅馬人ノ故智ヲ襲キ普通ノ公理ニ基キ外邦ノ制度ヲ并セ考ヘ以テ通法ヲ定置シ内法ト并ヒ行ヒ凡ソ内外人ニ跨リ係ル民刑両事ハ皆ナ之ニ依テ懲治シ以テ内法ノ整頓ヲ待ツヘキナリ」と提案する。⁽⁴¹⁾この「通法之定置」を主張するねらいは、「之レニ因テ裁判ノ全権ヲ我カ日本政府ノ掌中ニ復セント欲スルニ在リテ取りモ直サス我カ大日本帝國ノ独立ヲ確収セント欲スル」⁽⁴²⁾とにあった。

一八七九・八〇年は、自由民権運動が全国各地で展開され、国会開設のスローガンのもとに最盛期を迎えつつあった時期である。こうした中で、再刊された『共存雜誌』の最初の号（一四号）以下に小野は「国憲論綱」を載せている。この論文は、彼が一八七六年五月から同年十一月までに書きあげた『国憲論綱』の一部である。先きにみた「読詔余論」はこの『国憲論綱』の前駆たる著作であつた。⁽⁴³⁾したがって、小野の憲法研究は、『読詔余論』に端を發し、『国憲論綱』を経て、後年の大著『国憲汎論』へと展開されたのである。

小野は、憲法研究を進める過程で、自らの憲法構想を公にすることを念願した。そこで、再刊後の『共存雜誌』に「国憲論綱」を掲載したが、一部を公にしえたに止どまり、彼の憲法構想が完全な形で公にされるのは、『国憲汎論』（上巻は一八八二年十二月、中巻は翌年四月、下巻は翌年九月にそれぞれ出版された）の出版によってである。

ここでは、小野の憲法構想の結論だけをのべておこう。⁽⁴⁴⁾

小野の基本構想は、専制政治を排除して、代議政体を導入し、天皇制との調和を図ることである。これが彼の「君民同治」論の核心であり、西欧近代法の知識と日本歴史の分析を背景として展開される。小野は、代議政治と天皇制との関係を説いて、「代議政治ヲ採用セハ皇統ノ一系万世ノ後ニ保持シ易シ」⁽⁴⁵⁾という。彼が現実モデルとして仰い

だのは、イギリス立憲主義であり、理論的より処は、ベンサムであつた。

結論的にいえば、小野の憲法構想は、一方で明治政府の「君治翼民」の構想と異なり、他方で、「嗚呼邦人ヨ汝ノ自由ハ鮮血ヲ以テ買フヲ用キス腕力ヲ以テ争ヲ用キス唯汝カ識力ヲ竭シテ之ヲ求メヨ⁽⁴⁶⁾」と、植木枝盛の「自由ハ鮮血ヲ以テ買ハサル可カラサル論」に代表される急進的自由民権派の構想を批判するものであつた。

(ii) 馬場辰猪⁽⁴⁷⁾の法律論

馬場が英国に留学していたのは、一八七〇年七月から一八七四年十二月までと、七五年四月から七七年五月までの二回である。第一回の留学から一時帰国した時に馬場は、共存同衆の集会で、「本邦女子ノ有様」と題する講演をおこなつた。しかし、馬場が、共存同衆で本格的に活動するようになったのは、二回目の留学から帰国してからである。帰国後、馬場が最初に演説をおこなつたのは、共存同衆の第一年会の席上であつたと思われる。『共存雑誌』を見ると、「平均力ノ説」、「羅瑪律略」(全七回)、「物ハ見る所に依て異なる」(全二回)、「親化分離の二力」(全三回)、が掲載されているが、この外に、共存同衆で演説したものをまとめた『法律一班』がある。馬場は、共存同衆の再建、およびその後の展開過程において、文字通り中心的役割を果たした。官吏に対する政談演説禁止令によって、リーダーであつた小野の活動が制限されると、馬場は、彼にかわつて共存同衆の公開講演を続ける任務を果たしたのであつた。彼は帰国後、直ぐに政治の中にとびこむことをせず、広く国民を啓蒙する道を選び、共存同衆をその場として選んだ。共存同衆が再建後、積極的に公開講演を催し、国民の啓蒙活動を展開したのも馬場の力があつて大きい。さて、馬場は、二回の英国留学を通じてイギリス法の研究にとりくんだ。その際、彼は、インズ・コートの一つで

あるミドル・テンプルやロオヤース・チェンバーで、ローマ法や財産法などを学んだ。この頃に、彼が読んだ本は、ミルの『婦人論』、『自由論』、スペンサーの『社会学の原理』と『第一原理』、ヘンリー・メインの『古代法』、サー・トーマス・アースキンの『イギリス憲法史』、オースティンの『法学講義』、イエーリングの『権利のための闘争』、ロックの『悟性論』、ダーウインの『進化論』などである。なかでも我々の興味をひくのは、分析法学と歴史法学をそれぞれ代表するオースティン、およびメインの主著を丹念に読んでいることである。事実、馬場の法律論は、これらの法思想から多大の影響をうけている。

つぎに、馬場の法律論を『法律一班』と「羅瑪律略」を手掛りとしてみてみよう。

『法律一班』は一八七九年一月に慶応義塾出版社より出版されたのであるが、「緒言」には、「七八年九月、馬場辰猪識」と記されている。したがって、ここに収録されたテーマは、彼が共存同衆の再建直後に何回かにわけて講演したものである。テーマは、「法律起原」、「刑法ハ仁慈ニ基ク」、「判事」、「陪判」、「代言人」である。馬場は、本書のねらいについて、「今此書タルヤ纔カニ法律ノ一班ニシテ敢テ之ヲ識者ニ示スニアラス唯世間未タ法律ノ大畧ヲ知ラサル者ヲシテ其一班ヲ窺ヒ得セシメント欲スルニ過キ⁽⁴⁸⁾」ない。「余カ今日切ニ望ム処ハ唯速カニ吾日本国中ニ一般普通ノ法学ヲ拡充シ人民ヲシテ法律ノ大畧ニ通ゼシメ知ラス識ラズ相率ヒテ互ニ罪累ニ陥ル⁽⁴⁹⁾無ラシメント欲スルニアルノミ」⁽⁵⁰⁾とのべ、さらに、「唯之ヲ共存同衆ノ人ニ示サンヨリハ若カス今之ヲ世ニ公ニシテ子カ演舌ニ與リ聞サル者ニ読⁽⁵⁰⁾」⁽⁵⁰⁾んでもらいたいという。すなわち、本書は、西欧近代法の基本原理を易しく国民に解き明し、その啓蒙に資することを目的とした啓蒙的法律入門書である。

「法律起原」では、まず、法律の発生原因に目的を、「此人間社会ノ安寧ヲ維持シ幸福ヲ進捗スルガ為メナリ」とのべる。⁽⁵¹⁾ つづいて法律の歴史の変遷を、人類社会の発展との関連で説明し、「故ニ法律ハ人民濠昧ノ時ニ於テハ神ノ宜旨ト成テ世ニ現ハレ多年ノ星霜ヲ経ルノ後一、変シテ人ノ記憶ニ存シ口碑ニ伝ハリ再、変シテ記録ト為リ三、変シテ法教修身等ヨリ分離シ始メテ真誠ノ法律ト為リ以テ勸善懲惡生殺与奪ノ機械ト為リ良民ヲ保護シ兇党ヲ懲罰シ貴賤強弱貧富ノ別ナク皆天賦ノ權利ヲ全フシ国ノ幸福ヲ増シ万民各々其処ヲ安ンスルニ至ラシムル者ハ即チ法律本分ノ職掌ナリ」とのべ、真の法律は、国家および国民の幸福と安寧を図るものであることを強調している。

「刑法ハ仁慈ニ基ク」では、まず刑法の基本精神は「仁慈ニアリ」と説いて、その根拠をつぎのようにのべる。すなわち、西洋諸国の刑事裁判手続の基調は、仁慈にあつて、人命の尊重を第一とすることにある。また、人間というものは、神とちがつて完全無欠の存在ではない。彼は、犯罪者を罰する場合について、「夫レ刑法上ニ於テ有罪ノ者ヲ罰スルハ素ヨリ理ノ当然ニシテ又嫌忌スヘカラザルコナリト雖モ法律ノ嚴烈ニ過ルハ却テ無辜ヲ冤罪ニ陥レ怨恨ヲ地下ニ吞マシムル事ナキヲ必スヘカラス然ラハ則チ過テ人ヲ罰スルヨリハ寧ロ過テ人ヲ免スニ如カス明々白々ノ証拠アツテ万止ヲ得サルノ後ニ至リ断然罰スヘキヲ罰シ戮スヘキヲ戮⁽⁵²⁾」するようによいという。このように、馬場は、法律が嚴烈にすぎで、無実の人が有罪に陥しめられることを戒め、また、人を罰する場合には、明白な証拠に基いてなされなければならないことを強調する。

さらに、彼は、維新変革によつてもたらされた社会的混乱の中にある人民を眼前にして、「今日此形勢ヲ目撃スレハ豈亦憫然タラサルヲ得ンヤ故ニ今日吾邦ノ罪人ヲ処分スルニ至テハ須ク暫ク嚴烈ノ苛法ヲ止メテ之ニ加フルニ寛厚

ノ仁恵ヲ以テスヘキナリ⁽⁵⁴⁾」と主張する。以上のように、近代刑法の基本原理を「仁慈ニアリ」とみる馬場の考え方は、法律論としては問題があるとしても、変革期の社会的混乱に身をおく国民の立場にたち、人命の尊重を第一に抱いた主張として高く評価されてよい。

つぎに、馬場は、国民の人権を守る砦として、正しい裁判を行うために、「判事」、「陪判」、「代言人」について語る。

まず、「判事」の職務として、「第一、証據ニヨリテハ之ヲ法廷ニ持出スコヲ許スト許サバルトノ事。第二、陪判ニ対シテ法律上ノ所謂證據ナル者ヲ明示スル事。第三、擬律ノ主意ヲ陪判ニ解明スル事。第四、陪判カ有罪ト決議シタル後其罪ノ輕重ニ応シテ刑律ヲ定メ之ヲ宣告スル事⁽⁵⁵⁾」の四項目をあげ、夫々説明を加える。この四項目は、判事が陪判と代言人に対して尽すべき職任である。さらに馬場は、判事は「終始己レノ品位ヲ失ハス虚心平氣ニシテ私意ヲ挟ムコナク⁽⁵⁶⁾」、「須ク心ヲ潛メテ法学ニ従事シ是非善惡ヲ識別シ虚心平氣以テ代言人ノ言ヲ聞キ公明正大ノ裁判ヲ為スヘシ⁽⁵⁷⁾」とのべる。

つぎに陪審制の必要を説いて、「陪判ヲ設クル所以ノ主意ハ人ニ罪ノ有無ヲ定ムルコト政府官吏ノ手ニ出スシテ罪人同等ノ權利ヲ有スル平人仲間ニ成レハ実ニ是レ無上ノ公平ニシテ罪人ノ為メニハ吾同類ナル平人十二人ノ者カ拳テ有罪ト言ヘハ又此上更ニ遺憾ナカルヘシト謂フニ在リ⁽⁵⁸⁾」と説き、つづけて、「是非トモ法廷ニハ常ニ判事ノ外別ニ罪ノ有無ヲ判決スル者ヲ設置セサルヘカラサルナリ⁽⁵⁹⁾」と主張する。ただ、呼び名は「陪判」でなくてもよいし、また、その選挙方法は必ずしもイギリス法制に倣う必要もない。その国に適した方法に依ればよいと説く。

最後に、「代言人」について馬場は、代言人の起源として、ローマの法律家について語り、ついで英国代言人に及ぶ。さらに、西洋の代言人と比較して、日本の代言人の状態を、馬場は、「吾国ニ於テモ近來代言ノ業盛ニ行ハレ社ヲ結ヒ職ヲ営ム者アリト雖モ今之ヲ西洋諸國ノ代言ニ比スレハ其地位甚タ卑シク随テ法律上ノ特權モ少ナク法学モ未タ究メタリト言フヘカラス又其証拠ヲ調ヘルコモ密ナラス甚タシキハ無学ノ俗人ヲ勸テ公事ヲ起サシメ或ハ古証文ヲ譲リ受ケ之ヲ法廷ニ訴エ万一ヲ僥倖センコトヲ謀ル者アリト聞ク嗚呼何ソ思ハサルノ甚タシキヤ願クハ世ノ代言ノ業ニ従事スル者ハ今ヨリ後心ヲ法学ニ潛メ品行ヲ正フシテ世人ノ信任ヲ受ケ真正ノ代言人ト為テ邦國ヲ裨益シ以テ西洋諸國ノ代言人ニ愧チサルニ至ランコトヲ余カ希望スル處ナリ」とのべ、代言人制度および、代言人自身の質的高上を希望する。

以上みてきたように、馬場は、イギリス法を素材としながら、立法の基本精神として人間の幸福・人命の尊重を説き、さらに、日本の近代的法制を担い、実効性あらしめるに応わしい法曹の養成へ国民の関心を向けようとした。

さて、馬場は、一八七九年四月の『共存雑誌』二〇号より「羅瑪律略」を七回にわたって掲載した。⁽⁶¹⁾これは、彼が二回目のイギリス留学から帰国後、共存同衆で公開講演したものである。

馬場は、ローマ法の説明に先だって、日本国民の西欧法への関心の示し方と対比して、彼がローマ法研究を行う理由をのべている。すなわち、「今や我邦ノ民人泰西ノ文化ヲ慕ヒ夫ノ法律ノ如キモ亦、之ヲ彼ニ考ヘ或ハ佛蘭西ニ採リ或ハ英米ニ倣ヒ行々本邦法制ノ体面ヲ一新セントスルガ如⁽⁶²⁾」き状態の中にあつて、馬場は、西欧法の源流を究明することに関心を注ぐ。彼はいう。「惟フニ泰西各土ノ律令ハ大抵、其源ヲ羅瑪ノ古律ニ引キ夫ノ「ナポレオン、コード」

「コード、フレデリツキ」ノ如キモ其泉源ニ溯レバ即是レ羅馬ノ律令ニシテ英ノ某法、米ノ某例、皆ナソノ根本ヲ此古律ニ得タル者也故ニ英佛律例ノ據ル所ヲ明ニシ其精^ヤ心ノ在ル所ヲ詳ニセント欲セバ勢、先ツ羅馬古律ノ大略ヲ講セザルヲ得ザル也是レ余ノ今、世好ニ泥マス俗譏ヲ顧ミズ此律略ヲ講述スル所以ニシテ蓋シ無益ノ業ニアラザルヲ信ズル也⁽⁶³⁾」と。

このようにローマ法研究を志す理由をのべた馬場は、つづいて、一二表法の各表の内容（一、二回）とローマ法沿革史（三、四回）を概括的に説明し、さらに法学者の役割およびユスティニアヌス帝『法学提要』の邦訳、解説（五・六・七回—未完）を試みている。彼は、ローマ法を解説する中で、時折、日本において生かされるべき事柄について触れている。たとえば、法学者の役割を論じた「羅馬律略第五回」の中で、「是レ誠ニ吾人ノ今日ニ倣フベキ一事ニシテ夫ノ民間ニ有為ノ法学家ヲ養成シ以テ自在ニ成法ノ得失ヲ討議シ随意ニ法理ノ所在ヲ論究セシムルハ法律ヲ改良シ之ヲ進歩セシムル為メ我ガ日本帝國ニ欠クベカラザルノ一大要策ナリ⁽⁶⁴⁾」とのべている。

欧米の現行制定法の翻訳・紹介に走りがちであった日本の現状を批判して、自らは、西欧法の基本精神ニ法理を、淵源に遡⁶⁵ぼつて究明しようとする態度は、小野や増島らにも通じる態度であった。彼らは、法理ニ私権の大系に強い関心をもっていた。なお、馬場は商法や海商法に精通しており、商法入門ともいふべき『商律概論』を著わしたり、⁽⁶⁶⁾たまた、企業活動の法的保障に力をかしたりもした。

(iii) 増島六一郎⁽⁶⁷⁾の法律論

増島の生涯は、戦前日本の法体制の全期とほぼ一致する。この点、小野、馬場が、法体制準備期、しかも現実に憲

法の制定をはじめとする近代的法体制の確立をみることでできずに、生涯を終えざるをえなかったことと好対照をなしている。この増島は、英吉利法律学校の創立者として英法の普及に努め、在野法曹としては企業活動に法的保障を与えようと活動し、学者としては英法学の基礎を築くことに、生涯を捧げた⁽⁶⁸⁾。

ところで、増島が、社会的活動の出発点として、共存同衆の活動を基盤にしたことは、今日殆ど知られていない。増島は、一八七九年七月、東京大学法学部の第二回卒業生として法学士の学位を授与された。卒業後、彼は、同級生であつた高橋一勝、山下雄太郎、磯野計らが、同年十月、神田錦町に法律事務所として東京攻法館を開き、十二月から、イギリスのミドル・テンプルにならつた教育を目標とした法律学の授業をはじめると、大谷木備一郎とともにこれに協力した。また、この間、一年程、東京大学予備門の講師をしたこともある。しかし、卒業後、一八八〇年一〇月にイギリス留学へ出発するまでの期間に、増島が情熱を注いだのは、共存同衆における活動であつた。現在残されている共存同衆の活動記録の中で増島の名前がみえるのは、明治十三年の講談会記録と、日付のない断片が一つあるにすぎない。この断片には、條例諸会則の改正案起草委員の選挙結果と「小野梓君臨席せざるに依り予て公告の経済法は国に依て異なる乎の論題を廢し増島六一郎君臨時に年玉一章（古今翻訳の弊害）を演ず⁽⁶⁹⁾」と記されている。増島が、共存同衆の活動に熱心であつたことは、彼が評衆員に選ばれたことや、『共存雑誌』第四六号（一八七九年一月）から、終刊号である六七号（翌年五月）までの間に、「法律家ノ要格」と「法律真理学」を六回にわたつて掲載していることから知られる。この論稿において、彼は、東京大学法学部で学んだ成果の一部を公にしたわけである。

増島が東京大学法学部で教えをうけた教授陣は、教授がウィリアム・イー・グリスビー（英吉利法律及列国交際法）、ヘンリー・チャー・テリー（英吉利法律）、井上良一（英吉利法律）、講師が鶴田皓（日本現行法律）、横山由清（日本古代法律）、黒川誠一郎（仏蘭西法律）であつて、増島自身の回想によれば彼が大きな影響をうけたのは井上良一からであつたといふ。⁽⁷⁰⁾

つぎに、増島の法律論の内容をみてみよう。

「法律家ノ要格」の中で、増島は「法律家ニシテ其業ニ必要ナル才能行為學術技芸ヲ缺クハ是レ法律家ニアラザルナリ輿論之ヲ責ムベシ法律之ヲ罰スベシ」とのべる。⁽⁷¹⁾ 法律家がその要格を備えていない場合は、他の職業専門家よりも、法治国家においては重大なことである。その理由について増島は、「其職トスル所ノ法律ハ各家要格ノ有無ヲ罰スルノ政具ナレハナリ況ンヤ法律家ノ社会ニ占ムルノ位置タル高尚ニシテ天下ノ輿論ニ與カツテ之ヲ左右スルノ勢力ヲ有スルニ於テオヤ法律ヲ主ルノ人ニシテ自カラ之ヲ犯シ輿論ヲ起スノ人ニシテ自ラ之ニ反シテ可ナランヤ」といふ。⁽⁷²⁾

つづけて、増島は法律家の要格について具体的にのべる。まず、裁判官については、「凡ソ裁判官ノ職位アルモノハ必ス其要格ヲ備ヘ法律ノ學識ニ富ミ判官ノ行能ニ饒カナルノ士ト認視シ預定シテ可ナルヘシ」といひ、⁽⁷³⁾ もし裁判官の要格の内容を説明する必要がある場合には、代言人の要格に一二を増減すればよいとして、ここでは代言人の要格を説明する。

増島は代言人の要格として、二種七類ノ格例をのべる。すなわち、「代言人ノ要格ヲ二種トス一ヲ學事ニ一ヲ行事

ニ係ルモノトス學事ノ要格ニ四アリ曰ク法律ノ全典ニ明ニシテ其ノ使用ニ熟練ス法例ノ一班ヲ諳ス法理ノ大要ヲ知ル法律ノ沿革ニ通ス行事ノ要格ニ三アリ曰ク信曰ク義曰ク勇是レ蓋シ法律家ノ操ト名クヘキモノナリ」と。彼は、これらの一つでも欠くようなことがあれば、もはや代言人の名に値しないと主張する。

つづいて増島は、「學事ノ要格」をつぎのように説明する。代言人は、まずその国の全法律に通曉していなければならぬことは言うまでもない。しかしながら、「若シ独リ法律ヲ知ルノミニシテ法例法理沿革ニ暗キノ法律家タラシメハ是レ不備ノ法律家ニシテ其業ヲ営ミ其務ヲ盡スコト難シ矣」と、法律家はその国の法律のみでなく、法例（判例）、法理、沿革に精通していることが必要であると主張し、その理由を、まず「法例ハ法律ヲ応用シタルノ実事ヲ證スルモノニシテ法律ノ講明ヲ助クルノ大具ナリ凡ソ法律ヲ知ルト云フヘキモノハ法律ノ諸條ヲ學ヒ之ニ適切ノ法例ニ通スルノ人コレノミ」とのべる。つづいて、法理と法律との違いを説いている。「法理トハ万国ノ法律ニ普通ナルノ理論ニシテ法律學ノ原則ナリ」。⁽⁷⁶⁾一方、「法律ハ国ニ随フテ異リ独リ其国ニ於テ其勢力ヲ有スルモノニシテ法理ノ如ク万代不易東西不變ノ性ヲ備フルモノニアラ」ず。⁽⁷⁷⁾したがって、「変ニ応シ天下ノ公道ヲ致ス」⁽⁷⁸⁾ためには、法理を知っておく必要がある。法律の沿革に精通する必要は、「法律ハ一朝ニ生ゼズ年ヲ積ンデ成リ国民ノ發達ニ從フテ變遷スルモノナレバ之ヲ熟知通曉セント欲スル頗ル其沿革ヲ詳カニセザルベカラズ」⁽⁸⁰⁾ことに依るとのべる。

つぎに、「行事ノ要格」の一つ「信」について、「代言人ノ務ハ法律ニヨリ眞実存在ノ証拠ヲ論ズルニ在リ代言人ハ訴人ノ權利ヲ造為スルモノニアラズ唯タ法律ノ既ニ付与シタル權利ヲ保護弁明スルモノナリ故ニ代言人ハ訴訟ヲ扱フニ実直ナルヲ要ス」⁽⁸¹⁾とのべ、「義」については、「代言人ノ職トスル所口泣冤者ノ罪ヲ弁護シ權利者ノ權ヲ爭論スル

ニ在リ宜ク弱ヲ扶ケ貧ヲ救フノ義心ヲ抱キ依頼者ノ利ヲ圖リ私益ヲ營ムベカラズ代言人ノ貴キ所以ノモノ実ニ是ニ出ツ」という。最後に、「勇」について、「代言人ノ勇ハ軍人ノ勇ニ異ナリ腕力ノ勇ニアラズ志氣ノ勇ナリ代言人ハ訴人權利ノアル所論シテ止マザルノ氣力ヲ備ヘザルベカラズ訴訟ハ權利ノ争ナリ法律ノ視ル所独リ權利有テ如何ニアルノミ權利ハ法則ノ定規ニヨツテ定リ訴人ノ位ニヨツテ等差アルヲナシ權利アレハ鄙夫モ裁廳ニ立チ權利ナクレバ王侯モ裁廳ニ立ツヲ能ハズ故ニ独リ法權アルノミ威權アルヲナシ」⁽⁸²⁾。したがって、代言人たるものは、依頼者がいかなる身分を有する者であっても、權利のない者の要請には、応じてはならない。そういった氣力をここでは「勇」という。

右のような要格を備えた代言人を社会はどう遇するべきか。増島は主張する。「代言人ニシテ此要格ヲ帶ルモノトセバ学士ヲ以テ之ヲ遇シ繙士ヲ以テ之ヲ視ルベキナリ世人ノ感想斯ニ出ズシテ代言人ヲ以テ譎計者投機漢トシ之ヲ蔑視シ之ヲ惡忌スルニ至ルモノハ代言職業ノ実質ヨリ来レルニアラズ當時之ヲ職トスル徒ノ品等ニ根スルモノナリ」⁽⁸³⁾と。当時の日本における代言人の品位や、社会の代言人に対する所遇のし方をみて、増島はどうしても近代法治国家に応わしい法律家の要格を講述せざるを得なくなつたのである。そうした氣持を増島は、「余ハ當時代言ナル貴業ノ地ニ墜チテ其實位ヲ失シタルヲ歎シ法律家要格ノ題ニ依リ代言職業ノ貴重ナルヲ弁ズルヲ如斯蓋シ亦社会ニ義務ヲ盡スノ微意ナル耳」⁽⁸⁴⁾とのべている。

さて、「法律真理学」では、どのような主張をしているだろうか。

ここに説く法律真理学とは、「法律ノ諸制ヲ徴シテ存スル万代不易各国不変ナル真理ノ大綱小紀ヲ考究編纂シタルノ学」⁽⁸⁵⁾である。この法律真理学が学問として成立する為には、一定程度の社会の進歩がなければならない。そこで増

島は、日本の現状について「惟明治十二年ノ今日ハ如何ナル時ゾヤ上来ノ法律真理学ニ必要トスル条件ナル智力現象ノ二者両ナカラ備ハルト云フベキ乎⁽⁸⁷⁾」と問い、彼は、法律真理学の創造成立に必要な条件は、今日の日本にも備わつてきているとみる。そして西欧においては、法律真理学はすでに確立しており、その設立の荣誉に値するのはオースティンであるという。

増島は、つづけて法律の学び方、および西欧法の日本への受容のし方について、「凡ソ法律学ヲ学フト云フハ法律ノ真理ヲ学フニアリ英米独仏羅馬ノ法律タル法律真理学ノ原理ヲ応用シテ其体ヲ成セルモノニ過キス否ナ其知ラズ識ラス法律真理ニ原ツキテ起レルノ法律各典ニ過キサルナリ故ニ夫ノ泰西諸国ノ法律ハ法律真理ヲ詳明スルノ用アリ我國ニ直チニ取ツテ直チニ施用スルノ用ナキモノナリ我輩此單理ヲ記スルコト甚タ簡要ナルヲ覺フ⁽⁸⁸⁾」と論じる。

さらに、ここに法律真理学を説く理由は、「アウスチン氏ノ所説ハ法律真理学ノ起ルヘキノ時ニ際シ其十分ナル條件アツテ起ルモノナレハ之ヲ泰西ニ限リテ正シキモノナルヲ示シ且ツ併セテ預メ法律真理学ノ既ニ存スルアルヲ明カニセント欲スルニア⁽⁸⁹⁾」るとのべる。

増島は、法律真理学を講ずるにあたって、まず、「法律ノ一治力トシテ政治ヲ助クルノ勢力ヲ有スル社会ノ通性ヲ画定スル⁽⁹⁰⁾」ことから始める。すなわち、「法律ト名クルモノハ夫ノ主治者ノ命セシ行為ノ規則ナル乎或ハ人間行為ノ慣習ニシテ夫ノ主治者ノ許シテ行ハレシメ或ハ其行ル、所ニ任シテ改メザルモノニ出テザルナリ夫ノ法律ノ用タル社会一般ノ民人ニ対シテ同一ノ行為ヲ履行セシムニアリ而シテ法律ノ遵守ヲ戒ムルノ実力ハ主治者ノ意ヲ以テ定メタル規則ニヨリテ執行スルノ裁判ナリ⁽⁹¹⁾」。ここに示したものが、「法律社会」が起る程度の適性である。つづいて彼は、

法律真理学の区域に入り、「凡ソ社会ニベ上来ニ指示セル通性ヲ帶ルノ進度ニ至レルモノヲ本学中名ケテ国ト云フ斯国人民ノ行為ヲ管理スルノ具トナル独立国主ノ制定セシ規則ヲ名ケテ法律ト云フ而シテ独立国主ヲ稱シテ權主ト云フ故ニ日ク法律ハ独立国ノ權主カ命セシ行為ノ規則ナリト」⁽⁹²⁾とのべる。本稿は、つぎに「独立国ノ何者タルヲ論セントス」⁽⁹³⁾る予定であつたが、『共存雜誌』がやがて終刊の運びとなつたために未完のままになつてしまつた。

以上にみてきた「法律家ノ要格」と「法律真理学」とは、増島の法律論の出発点であり、法思想の原型をなすものである。とりわけ、前者で彼が強調した法律家の要格は、その後のばりすとする増島自身が、身をもつて実践することになつた。

(1) 近代日本における法思想に、この歴史法学と分析法学がいかに大きな影響を与えたかについては、長谷川正安「ペンタム」、高柳賢三「オースティン」、内田力蔵「メーン」(以上、木村亀二編著『近代法思想史の人々』所収)。堀部政男「ジェレミ・ベンタム」(『法学セミナー』一九七一年四月号)。伊藤正己「イギリス法」(伊藤正己編著『外国法と日本法』現代法14)参照。

(2) ↓(6) 金子「論英国律例」(二〇号以下)。

(7) ・(8) 長岡護美「欧州政事上ニ人民權利ノ進歩、第一回」(廿五号)。なお、言論の自由の主張と関連して、前述のように共存同業は「置議書律之議」(三号)を建白していることが注目される。

(9) ↓(12) 福原芳山「刑法論、第一」(一三号)。なお、福原芳山は、明治八年九月、刑法草案取調掛委員に任命されている。

(13) ・(14) 津田純一「法典編纂論」(五二号以下)。

(15) この点につき、内田力蔵「近代日本と英米法」(『ジュリスト』六〇〇号)参照。

(16) 小野梓の法思想についてはすでに論述したことがある(拙稿「小野梓の法思想」、『早稲田法学会誌』二五巻所収)ので、ここでは、共存同業における小野の法律論に焦点をあてて考察し、重複する部分については簡単にふれるに止める。

- (17) 『留客齋日記』（『小野梓全集』下巻、三一七頁以下）。
- (18)・(19) 小野梓「論通常之教養」（一〇号）。
- (20)↓(23) 小野「権理之賊」（二号）。
- (24)↓(31) 小野「読詔余論」（六号以下）。
- (32)↓(40) 小野「民刑二法実理」（一〇号）。
- (41)・(42) 小野「論通法之定置」（一一号）。
- (43) この間の経過を詳細に検討したものに、福島正夫「国憲論綱」について（『小野梓稿 国憲論綱・羅馬律要』三二八頁以下）がある。なお、この中で福島氏は、共存同衆および『共存雑誌』の研究が、日本憲政思想史上閑却できないものであると指摘されている。
- (44) 小野の憲法構想の具体的内容については、拙稿、前掲「小野梓の法思想」を参照されたい。なお、「読詔余論」、「国憲論綱」↓『国憲汎論』の過程で若干の論点に変化がみられる。（たとえば、議会について一院制論から二院制論へ変った）。
- (45)・(46) 小野『国憲論綱』
- (47) 馬場辰猪については、西田長壽「馬場辰猪」（明治史料研究連絡会編『民権論からナショナリズムへ』所収）、同「馬場辰猪」（家永三郎編『大井憲太郎植木枝盛馬場辰猪小野梓集』、明治文学全集12、所収）、萩原延壽『馬場辰猪』参照。馬場の法律論については、矢田一男「法律学者としての馬場辰猪」（『一橋論叢』五五巻四号）。手塚豊「馬場辰猪「日本監獄論」に関する新資料」（『法学研究』四三巻六号）参照。
- (48)↓(60) 馬場『法律一斑』
- (61) 佐藤篤士「小野梓纂訳『羅馬律要』について」（前掲『小野梓稿 国憲論綱・羅馬律要』所収）は、小野の『羅馬律要』と比較して、馬場の『羅馬律略』を検討している。
- なお、馬場は『商律概論』や『天賦人權論』の所説にローマ法を援用している。
- (62)・(63)・(64) 馬場「羅馬律略」（二〇号以下）。

(65) 小野はローマ法の研究を素材として、日本民法論を構想し、『民法之骨』を執筆した。また増島には、『財産法』(講義ノートを印刷したもので初版は明治二〇年五月)などの講述書がある。

(66) 『商律概論』は、一八八〇年八月創刊『東海経済新報』の第一号から翌年三月発行第十号にわたって掲載した。

馬場は、海運を基にして発展した三菱に対して、海商法的な問題で顧問的役割を果たしていたようである。(西田、前掲「馬場辰猪」、明治文学全集12)。

(67) 増島六一郎については、利谷信義「増島六一郎」(潮見編著、前掲『日本の弁護士』所収)が最も詳しい。

(68) 利谷、前掲「増島六一郎」参照。

(69) 国立国会図書館憲政資料室所蔵『小野梓関係文書』(「輸入之減少」、裏書)。

(70) 利谷、前掲「増島六一郎」参照。

(71) ↓(85) 増島「法律家ノ要格」(四六号以下)。

(86) ↓(93) 増島「法律真理学」(五〇号以下)。

〔附記〕 紙数の関係上、以上にみてきた共存同衆の法律論が、日本の近代法体制形成にもった意義については、稿を更めて検討することしたい。